

A FUNÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: o papel do juiz constitucional na implementação dos direitos fundamentais

Paulo Sérgio Ribeiro

Juiz Federal substituto da Subseção de Ponta Grossa, Tribunal Regional
Federal da 4ª Região, Mestrando na Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: paulo.ribeiro@trf4.jus.br

RESUMO

O presente estudo visa a analisar as tensões e aproximações da atuação dos poderes em face da Constituição, com especial ênfase na atuação do Poder Judiciário como garante dos valores e fins estabelecidos na Constituição, de modo que as decisões políticas adotadas pelo povo e registradas na carta constitucional sejam efetivamente realizadas pelos Poderes instituídos (Executivo e Legislativo).

O trabalho é dividido em três tópicos. O primeiro destinado ao estudo do movimento constitucionalista moderno e a sua influência na posição do juiz como agente político. O segundo tem como objetivo ponderar o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições modernas e a influência na atuação dos

Poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário). O terceiro item busca avaliar o papel do juiz constitucional como implementador dos direitos fundamentais reconhecidos na constituição, avaliando a tensão entre a atuação do juiz e a separação dos poderes e a necessidade de mecanismo para superar a crise de ineficácia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalismo – Eficácia das normas – Direitos fundamentais – Ativismo judicial – Legitimação democrática.

INTRODUÇÃO

A crise de eficácia dos direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão, contemplados na Constituição e não implementados na sociedade, tem intensificado a busca pelo Judiciário visando à concretização dos valores e objetivos fixados na Carta Constitucional.

O Judiciário não pode tergiversar às pretensões que buscam concretizar os direitos fundamentais uma vez que é assegurado a todos acesso universal ao Judiciário, art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cabendo ao juiz promover a materialização dos valores e fins estabelecidos na Carta Constitucional. Acirrado debate vem sendo travado em sede doutrinária e jurisprudencial sobre o limite da atuação do juiz constitucional. Os críticos atribuem que o ativismo violaria o princípio basilar da separação dos poderes, incorrendo na supervalorização do Poder Judiciário e na promoção de sua hegemonia. Em contrapartida, a supremacia da Constituição é baldrame fundamental nos sistemas constitucionais modernos, portanto os poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) não podem agir de forma a contrariar a decisão democrática adotada pelo povo e expressada na Constituição.

O estudo não tem qualquer pretensão de exaurir o tema, limita-se a ponderações sobre o papel do juiz constitucional na materialização da Constituição.

1 O CONSTITUCIONALISMO E O JUIZ: RELAÇÕES DE TENSÃO E APROXIMAÇÃO

O constitucionalismo¹ manifesta-se como corrente teórica ideológica pela qual há a prevalência do princípio da limitação do

¹ Podem-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social, com origens históricas bastante remotas, que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23).

poder com finalidade estruturante, segundo a lição do mestre J. J. Gomes Canotilho.² Na acepção histórico-descritiva, adotada pelo mestre português, o constitucionalismo é analisado como movimento político, social e cultural que tem como escopo principal questionar o domínio político tradicional.³

Para fins do presente estudo, adotaremos o termo constitucionalismo na sua acepção de teoria definidora dos limites do poder estatal, nos termos do conceito apresentado por J.J. Gomes Canotilho, sem tergiversar o viés político ideológico do movimento constitucionalista moderno cujo escopo principal era o rompimento do poder absoluto dos governantes e a imposição de um corpo normativo superior ao poder do governante.

1.1 O surgimento do constitucionalismo

O movimento constitucionalista não se desenvolveu de forma igual pelo mundo, vicissitudes históricas, ideológicas e culturais, que influenciavam os povos no século XVIII, motivaram a construção de teorias diversas acerca do constitucionalismo.⁴

Os movimentos constitucionais modernos foram resultado de fortes modificações sociais e econômicas, em especial com a ascensão de nova classe social, a burguesa.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

⁴ O movimento constitucional gerado da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. (*ibid.*, p.51)

1.1.1 O constitucionalismo inglês

O constitucionalismo inglês verificado no século XVIII foi precedido por várias manifestações referentes à limitação do poder do governante (O Rei) em face de direitos do cidadão, conforme se verifica nos documentos pré-constitucionais *Magna Carta* (1215), *Petition of Rigths* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689).⁵

A realidade política inglesa dos séculos XVI e XVII é diversa da verificada na Europa continental, especial na França, em que o governo estava centralizado unicamente no poder aristocrático. Na Inglaterra, a nobreza e a burguesia permaneciam em harmonia no Parlamento, cada qual possuindo representatividade política. A tensão entre o Parlamento e o poder central, monárquico, impôs, em 1628, a criação do *Petition of Rigths*, uma forma de limitação substancial ao poder.

As limitações do poder monárquico, em especial com a edição do *Bill of Rights*, intensificaram o empoderamento e a crescente supremacia do Parlamento. A delimitação do poder da legislatura e do monarca com o estabelecimento de um modelo de sistema parlamentar de governo figura como o grande legado do constitucionalismo inglês.⁶

⁵ O processo constitucional inglês, de caráter cumulativo e evolutivo, transmitido de geração para geração, principiou com o desenvolvimento das instituições feudais, que numa primeira fase, resultou no fortalecimento do poder político dos barões, mediante a imposição, ao Rei João Sem Terra, da *Magna Carta Libertatum*, em 1215, documento que, todavia, veio posteriormente a influenciar a consolidação do Parlamento, ainda que controlado pelo rei. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 43).

⁶ A Declaração de Direitos de 1689, como ponto culminante da assim chamada revolução gloriosa, pode ser considerada como um dos principais “momentos constitucionais” da Inglaterra, visto que representou a necessidade de estabelecer, demarcar e limitar, inclusive mediante um texto escrito, os poderes da legislatura e do monarca. Tal evolução, por sua vez, naquilo que legou ao mundo o modelo parlamentar e um primeiro sistema de liberdades civis e políticas, pode ser considerada como a grande contribuição inglesa ao constitucionalismo e para a história das instituições políticas. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 44).

Os documentos que estabeleceram limitação ao poder governamental e a consagração das liberdades constitucionais civis são marcos significativos do constitucionalismo inglês, tendo em vista o pioneirismo destas manifestações de cunho constitucional.

Por fim, e não menos importante, é necessário destacar algumas peculiaridades marcantes do constitucionalismo inglês. Em primeiro lugar, a inexistência de uma Constituição escrita, como estabelecido nos modelos do constitucionalismo moderno do século XVIII. Em segundo, destaca-se a supremacia do parlamento, inexistindo a prevalência da constituição e o mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, o qual somente foi introduzido hodiernamente.

1.1.2 O constitucionalismo francês

A promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França, é marco para a construção do movimento constitucionalista moderno, em especial pelo destaque do art. 16 desta manifestação, o qual definia que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma Constituição.

O ideário liberal burguês, representado na Revolução Francesa, é o mote ideológico da manifestação constitucionalista que visava à ruptura com o antigo regime absolutista e a construção de nova ordem econômica e social que garantisse as liberdades civis e assegurasse a ascensão da nova classe ao governo.⁷

⁷ Registre-se que uma das peculiaridades do movimento constitucionalista francês, especialmente quando confrontado com o norte-americano, reside nas características do Poder Constituinte. Contrariamente do que sucedeu nos Estados Unidos, a Assembleia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas de fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade. Nesse sentido, a declaração de direitos fundamentais não objetivava apenas a limitação do poder do Estado, mas também, e sobretudo, a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia. (*Ibid.*, p.50)

A ruptura integral com o antigo regime (regime feudal) e a reconstrução da sociedade com fundamento nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade é marca característica do constitucionalismo Francês, cujo objetivo era “edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais individuais.”⁸

Com fundamento na Declaração dos Direitos, inserida como preâmbulo, em 1791, foi editada a primeira Constituição formal na Europa, a constituição Francesa.

1.1.3 O constitucionalismo americano

O constitucionalismo americano teve como objetivo superar o regime imposto pela coroa inglesa, buscando construir uma nova ordem, sedimentada em baldrames democráticos, em que o povo manifestasse a vontade soberana (poder constituinte) pela formação de uma carta política de Direitos (Constituição) limitativa do domínio político.⁹

A manifestação constitucionalista americana coincide com a consolidação da independência do país. A carta política instituída tem como escopo a criação do novo sistema político capaz de garantir independência, assegurar regras de organização política e consagrar direitos naturais, com especial destaque para a eliminação das barreiras à atividade econômica.¹⁰

Em 1787, fruto da Convenção da Filadélfia, foi aprovada a primeira Constituição em sentido moderno (limitação dos poderes

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 57.

⁹ O modelo americano de constituição assenta na ideia da limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois é a edição de uma “**bíblia política do Estado**”, condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim, um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e construir um “governo” vinculado à lei fundamental. (*ibid.*, p. 59)

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 46.

e consolidação de direitos fundamentais), a qual destacou-se pela criação da primeira República Federativa e Presidencialista.

A Constituição Americana, marco do constitucionalismo moderno, consolidou características peculiares que influenciaram decisivamente as manifestações constitucionais, com especial destaque para a assunção expressa da soberania popular, estabelecendo o poder do povo; a separação dos poderes; a consolidação de direitos e garantias fundamentais e a supremacia da Constituição.

A Constituição Americana é elevada à posição suprema, portanto o “entendimento da constituição como *higher law* e ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.¹¹”

1.2 O juiz e o constitucionalismo: a figura do juiz na evolução do constitucionalismo

O juiz, no período pré-constitucionalista moderno, em que vigorava o absolutismo do monarca, teve papel secundário, era considerado um servidor do Rei, o qual tinha a função de fazer justiça em nome deste.

A falta de independência do Poder Judiciário é traço característico no período medieval, com destaque para a situação da França e da Inglaterra, em que o Poder Judiciário era visto como uma *longa manus* do soberano.¹²

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, p. 60.

¹² André Ramos Tavares destaca, com fundamento nos estudos de Blackstone, ao dissertar sobre o Judiciário na Europa que: “Na França do século XII, eram os prebostes, o baile e o seneschal, os funcionários responsáveis por aplicar a Justiça, e que aqueles (prebostes) administravam seu distrito cumprindo as ordens reais e fazendo justiça em nome do rei, ao passo que os dois últimos eram recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa real, sendo considerados servidores da Coroa. Assim subordinado, não haveria de se desenvolver adequadamente uma estrutura de ‘Justiça’” (TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 24).

A ruptura do antigo regime, promovido pelo constitucionalismo moderno, influenciou decisivamente a atuação dos magistrados.

No modelo francês, a limitação do Poder Judiciário e a supervalorização da lei, fruto da valorização do Legislativo em face dos demais poderes (Executivo e Judiciário), impôs ao Judiciário a função única de aplicação das leis, reduzindo o juiz a mero aplicador dos comandos produzidos pelos Poder Legislativo. A limitação imposta ao juiz, em razão da supremacia do Poder Legislativo, tem reflexos até os dias atuais, considerando a timidez dos mecanismos de jurisdição constitucional que, em muitos Estados, como na França, somente vieram a ser introduzidos no século passado.¹³

No modelo inglês, pós-revolução liberal, o poder decisório do juiz é limitado, preponderando a supremacia do parlamento. Com a evolução e a superação da desconfiança do magistrado, o Poder Judiciário inglês sofreu sensíveis alterações em especial com as alterações promovidas em 1998, com a introdução do *Human Rights Act*, assegurando, ao Judiciário, a possibilidade de, no caso concreto, declarar a incompatibilidade entre a lei ordinária e a Convenção Europeia de Direito Humanos.¹⁴ Trata-se da introdução de mecanismo de controle das leis inglesas em face de um “documento constitucional” de direitos humanos. A reforma de 2005 promoveu a reorganização do Poder Judiciário inglês materializando a “separação orgânica entre o Poder Judiciário e o Parlamento, esvaziando as funções judiciais da Câmara dos Lordes e transferindo funções para

¹³ O Poder Judiciário, objeto de desconfiança dos revolucionários, e que se reflete, de certo modo, até os dias atuais, foi relegado a mero aplicador do direito legislado, de tal sorte que, para a concretização da máxima de Rousseau, segundo a qual a lei é a expressão da vontade geral, apenas ao Poder Legislativo era dada a competência de explicar o sentido das suas próprias prescrições, o que, por sua vez, contribuiu para apenas já no último quartel do século XX o Conselho Constitucional, órgão a que incumbe, na França, o controle de constitucionalidade das leis, passasse a assumir um papel mais efetivo e mais próximo de uma autêntica jurisdição constitucional, capaz de assegurar a supremacia da Constituição em relação ao direito infraconstitucional. (SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 51).

¹⁴ *Ibid.*, p. 45.

uma nova Suprema Corte.¹⁵”, consolidando, pois, o papel do Poder Judiciário, superando a hegemonia do Poder Legislativo.

A posição do juiz, no constitucionalismo americano, é diversa da verificada na Europa, considerando o reconhecimento da Supremacia da Constituição. A consolidação da supremacia da Constituição nos Estados Unidos foi sedimentada com a introdução do mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, com especial destaque para o célebre caso *Marbury vs. Madison*, decidido pela Suprema Corte em 1803, em que o juiz Marshall reconheceu a competência da Corte para controlar e extirpar atos dos demais poderes que contrariem a Constituição.¹⁶

A supremacia da Constituição em face das leis e a construção do mecanismo de controle de constitucionalidade com o reconhecimento da Suprema Corte como órgão de defesa Constitucional é marco do constitucionalismo moderno, pois não é possível a concretização da limitação dos poderes e a materialização dos direitos individuais sem que haja mecanismo de controle capaz de fazer prevalecer as “promessas” estabelecidas na Carta Constitucional.

O juiz constitucional, cuja função primordial é a concretização da supremacia da Constituição, tem papel primordial para a consolidação e o desenvolvimento do constitucionalismo, pois sua atuação visa a assegurar a soberania popular, garantir os direitos fundamentais e consolidar a limitação e a separação dos poderes.¹⁷

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 45.

¹⁶ *Ibid*, p.48

¹⁷ Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de “lei proeminente” (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guardião das liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelo juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legeslatoren et populum nullus in terris est judex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos judex*? Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juizes” entre o povo e o legislador. (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, p. 60.).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: O PAPEL DO ESTADO-JUIZ COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

O constitucionalismo moderno estabeleceu, na sua origem, além da limitação do poder estatal, a necessidade de garantia dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, marcas características da Revolução Francesa, movimento cujo ideário defendia a liberdade, igualdade e da fraternidade.¹⁸

Os direitos de primeira dimensão têm forte cunho individualista “são, por igual, direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.”¹⁹ Trata-se da assunção de direitos negativos, limitações da atuação do Estado em face do indivíduo buscando a proteção da liberdade.

As primeiras Constituições, que se dedicaram a concretizar os direitos de segunda dimensão, ligados ao princípio da igualdade,²⁰ foram a Constituição Mexicana de 1917 e, a de maior destaque, a Constituição Alemã de Weimer de 1919.

A concepção filosófica marxista,²¹ os graves problemas sociais e econômicos verificados no século XIX e a ineficácia da declaração formal de igualdade foram as circunstâncias dominantes para assunção dos direitos sociais nas Constituições do pós-guerra, as quais visavam à realização da justiça social.²²

A principal característica dos direitos de segunda dimensão é o seu caráter prestacional, obrigação de fazer/dar, imposta ao Estado

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

¹⁹ *Ibid.*, p. 518.

²⁰ *Ibid.*, p. 518.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 165.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero*, 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 273.

o qual se transforma de inimigo do povo (Estado — agressor das liberdades individuais) em amigo, aquele que assegura os bens vitais para todos (Estado como provedor do mínimo existencial da pessoa).

O Estado Social surge como reação à crise na ordem capitalista, modelo econômico prevalente no Estado Liberal (século XVIII e XIX após as revoluções liberais), uma vez que a omissão completa do Estado, na esfera econômica, e a supervalorização da liberdade formal deixam parcela significativa da população à margem da sociedade. A construção do novo modelo de Estado, de cunho intervencionista, foi imprescindível para assegurar de forma efetiva a liberdade, igualdade e fraternidade aos homens.

O Estado, no constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX, tem por escopo fundamental a implementação irrestrita dos valores fundamentais declarados nas Constituições visando à consecução da igualdade material. Com efeito, a intervenção Estatal, concretizando o mínimo existencial busca, em última análise, garantir a liberdade, pois esta inexistente, de forma efetiva, sem emancipação econômica.²³

Considerando a limitação do presente trabalho, a abordagem sobre os direitos fundamentais será restrita aos direitos de primeira e segunda dimensão, não obstante reconhecer a existência de direitos de terceira dimensão²⁴ — direito de fraternidade, dos direitos de quarta dimensão²⁵ — direito à democracia, informação e o pluralismo e o direito de quinta dimensão, direito à paz.²⁶

²³ Liberdade, que no mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência. (BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 188).

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 522.

²⁵ *ibid.*, p. 524

²⁶ Cf. <http://www.dfn.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>.

2.1 Direitos sociais (segunda dimensão): o caráter programático

O reconhecimento dos direitos sociais, no primeiro momento, limitou-se à declaração nos textos Constitucionais padecendo, pois, de eficácia, uma vez que sua concretização dependia da vontade do Estado — Legislador, considerando a natureza programática de seus comandos.²⁷

O problema da aplicabilidade das normas de direitos sociais tem gerado acirrado debate teórico e jurisprudencial, figurando como uma das discussões mais importantes na seara Constitucional hodierna.

Os direitos sociais, considerando as peculiaridades, não podem ser equiparados, no que tange à aplicabilidade, aos direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade e a não autuação do Estado contra o cidadão. No entanto, é inadmissível estabelecer que os direitos sociais sejam direitos absolutamente relativos.²⁸

2.1.1 *Validade, vigência, eficácia e vigor: uma abordagem preliminar e necessária*

Validade é a qualidade que estabelece à norma como integrante de um ordenamento, em razão desta ter obedecido às condições formais e matérias de produção e consequente integração ao sistema.²⁹

²⁷ Paulo Bonavides relata a crise e a evolução da eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão destacando: “De juridicidade questionada nesta fase (surgimento), foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem, para sua concretização, aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.518)

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 291.

²⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.165.

Para o professor Paulo de Barros Carvalho a validade tem conteúdo relacional sistêmico, ou seja, validade é “o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte ao dizermos que uma norma “N” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”.³⁰

As normas são validadas ou inválidas em relação a um sistema, ou seja, ser norma válida significa pertencer ao sistema, ter status de relação, vínculo entre a proposição normativa e o sistema do direito posto. Deste modo, afirmar que uma norma existe implica reconhecer a sua validade em face de determinado sistema jurídico, assim, ou existe, está no sistema, ou não existe como norma jurídica, pois não se enquadra no sistema.³¹

Vigência significa ter força para regular condutas, estar em condições de propagar seus efeitos, assim, ocorrido o evento no mundo dos fatos, a norma poderá modalizar os comportamentos descritos. A norma se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos jurídicos.

Para o professor Paulo de Barros Carvalho, inexistente divergência semântica entre vigência e vigor, pois uma norma revogada não tem vigência para os fatos futuros, conservando, no entanto, para os acontecimentos anteriores à revogação.³²

Tercio Sampaio de Ferraz Jr. define vigência como o intervalo em que a norma pode ser invocada para produzir efeitos. Para o autor, vigência não se confunde com vigor, “o vigor de uma norma tem a ver com a sua imperatividade, com sua força vinculante,³³ portanto, vigência e vigor são qualidades distintas da norma.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 448/449.

³¹ *Ibid.*, p. 449.

³² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 449/450.

³³ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.170

Eficácia é a qualidade da norma relacionada à produção dos efeitos normativos, ou seja, a efetiva irradiação das consequências próprias da norma.³⁴

O professor Tercio Sampaio Ferraz Jr.,³⁵ em sua obra de introdução ao estudo do direito, resume, como precisão, o conceito dogmático de eficácia destacando que:

eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).

A eficácia pode ser estudada sob três ângulos: a) eficácia jurídica; b) eficácia técnica e c) eficácia social.

2.1.1.1 Eficácia jurídica, técnica e social

Eficácia jurídica é o mecanismo lógico da incidência pelo qual, realizado o evento previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente, operação que se denomina de causalidade jurídica, ou seja, ligação do acontecimento factual com o vínculo que se instaura entre sujeito e direito.³⁶

Eficácia técnica é a característica da norma de irradiar efeitos no mundo do direito positivo, assim, ocorrido o fato no plano real-social, a norma irradia os efeitos jurídicos. A norma é eficaz tecnicamente quando presentes no ordenamento todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade.³⁷

³⁴ CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 458.

³⁵ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 458.

³⁷ CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 765.

Com efeito, utilizando as ferramentas semióticas é possível efetivar análise mais minuciosa em relação à (in)eficácia técnica das normas no plano sintático, semântico e pragmático, tema a ser abordado na sequência.

A eficácia social ou efetividade é relacionada aos padrões de receptividade com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica. Eficaz é a norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios do legislador, por outro lado, ineficaz é aquela cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação regulamentada.³⁸

É necessário destacar que a eficácia jurídica e técnica referem-se a conceitos jurídicos que interessam para a dogmática e a eficácia social diz respeito a indagações sociológicas (Sociologia Jurídica).

2.1.1.2 Ineficácia técnica com enfoque no plano sintático, semântico e pragmático

A ineficácia técnica, no plano sintático, ocorre nos casos em que a norma não pode produzir efeitos em razão de que outra norma, integrante do ordenamento, inibe sua incidência, impossibilitando a produção de efeitos jurídicos (Ex: resolução do senado que impede a incidência da norma declarada inconstitucional). De igual forma, ocorre no caso da inexistência de outra norma regulamentadora, de igual ou inferior hierarquia, necessária para a plena eficácia da norma. (Ex: norma que define como inafiançáveis os crimes hediondos e remete a qualificação de hediondo a outra norma inexistente.).³⁹

A ineficácia técnica sintática diz respeito às condições formais que obstam a incidência, no entanto, a ineficácia técnica semântica está relacionada às condições materiais, sem as quais, impossível que se efetive a incidência jurídica, assim não haverá incidência enquanto não for possível realizar o fato descrito na norma.

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011, p. 459.

³⁹ *ibid.*, p. 458

Paulo de Barros Carvalho⁴⁰ ao dissertar sobre ineficácia no plano semântico pontifica que são: “normas que façam a previsão de ocorrências factuais possíveis, mas, tendo em vista dificuldades de ordem material, inexistem condições para que se configure em linguagem a incidência jurídica.”

Seja ineficácia técnica no plano sintático ou semântico, as normas jurídicas são vigentes, o fato jurídico ocorre no mundo fenomênico, mas não há a juridicização do acontecimento e a propagação dos seus efeitos.

Por fim, no plano pragmático, a ineficácia é relacionada ao desuso da norma em razão da não utilização desta, por certo grupo de pessoas encarregadas pela aplicabilidade das normas aos fatos sociais. Enquanto não retirada ou alterada do ordenamento, por meio de linguagem competente, permanece válida, vigente, entretanto padece de eficácia pragmática.⁴¹

2.1.2 Da programaticidade à eficácia das normas de direito social: evolução no Estado Social e Democrático de Direito

A doutrina e jurisprudência têm assegurado às normas constitucionais programáticas eficácia imediata, direta e vinculante de forma que estes direitos não podem ficar limitados a meras promessas constitucionais. José Afonso da Silva,⁴² em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, conclui que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante firmando que:

- I — estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins

⁴⁰ *Ibid.*, p. 459

⁴¹ CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 768.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 160.

sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
IV — constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.⁴³

Os direitos sociais são espécie de direitos fundamentais⁴⁴ que visam à concretização do princípio da igualdade no seu viés substancial⁴⁵ (igualdade material) de forma a assegurar, aos excluídos socialmente, as condições mínimas para uma vida digna, promovendo, em última análise, justiça social.⁴⁶

Com a consolidação dos direitos sociais como direitos fundamentais e a constatação da ineficácia em razão da omissão estatal em promover a sua regulamentação, as Cartas Constitucionais passaram a assegurar aplicabilidade imediata destes direitos.

No cenário pátrio hodierno, a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, Carta Política em que os direitos de cunho social

⁴³ Trata-se de tem bastante árido e que transcende aos limites do presente ensaio. Para maiores esclarecimentos, indico a leitura das obras *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Ingo Wolfgang Sarlet, p. 305 e seguintes e *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, José Afonso da Silva, p. 171 e seguintes.

⁴⁴ A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese (negativa dos direitos sociais como direitos fundamentais), e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos fundamentais.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148)

⁴⁵ As normas programáticas, introduzidas na Constituição, como resultado do conflito de interesses, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através de programas de intervenção na ordem econômica, como vistas à realização da justiça social e do bem comum. (*Ibid.*, p. 153)

⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 11 reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 430/431

(segunda dimensão) tiveram maior reconhecimento, assegurou expressamente a aplicabilidade imediata, nos termos §1º do art. 5º da Constituição Federal.⁴⁷

Os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, devem orientar a pauta de atuação do Poder Legislativo visando à regulamentação por meio de leis que assegurem a efetivação dos direitos fundamentais; do Poder Executivo na promoção de políticas públicas visando à efetivação dos direitos fundamentais e do Judiciário, ao qual é atribuída a função de guardião das garantias Constitucionais, buscando agir de forma a corrigir a atuação dos demais poderes visando a assegurar a promoção dos direitos fundamentais.⁴⁸

2.2 A Constituição como limite ao legislador e ao Poder Executivo

A Constituição, ao assegurar os direitos fundamentais, fixa limites materiais à atuação discricionária dos poderes instituídos, pois estes têm o poder-dever de implementar o projeto Constitucional estabelecido pelo povo quando da promulgação da Carta Magna. No caso da Constituição de 1988, o povo, por meio de Assembleia Constituinte, optou pela formação de um Estado Social Democrático de Direitos, o qual tem por função, precípua, assegurar os direitos fundamentais visando à construção de uma sociedade livre justa e solidária, conforme art. 3º da Constituição Federal.

A omissão do Poder Legislativo em não editar leis que visem à regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados, em especial de direitos fundamentais cuja aplicabilidade é imediata, nos termos do §1º da Constituição Federal, deve ser corrigida pelo

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157.

Poder Judiciário por meio dos mecanismos cabíveis (Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Ação ou Omissão etc).

De igual forma, quando a lei regulamentadora é deveras vazia ou impõe restrição indevida aos direitos fundamentais, contrariando o disciplinado na Constituição, compete ao Judiciário, por meio de atuação da jurisdição constitucional, declará-la inconstitucional, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais limitados indevidamente por ação do Poder Legislativo.

A ação arbitrária e a omissão do Estado — Poder Executivo — na promoção de políticas públicas destinadas a concretizar direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, deve ser corrigida pela atuação do Poder Judiciário, guardião máximo da Constituição Federal.

A atuação dos poderes constituídos deve concretizar as diretivas estabelecidas constitucionalmente de modo que desvios inconstitucionais e passíveis de correção por meio de intervenção do Poder Judiciário,⁴⁹ ao qual foi atribuído o poder de “tutelar” as garantias/direitos estabelecidos na Constituição.

A atuação do Judiciário visando à defesa da Constituição é função típica,⁵⁰ pois, aos juízes, é conferido o poder-dever de assegurar os direitos declarados na Constituição inclusive com a

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 25.

⁵⁰ No declarar o Direito deverá, preliminarmente, defender a Constituição, inclusive contra as leis editadas em desrespeito àquela. Ademais, tendo de promover sempre o respeito à Constituição, os Tribunais e juízes devem, quanto às leis, “adaptar o conteúdo de seus preceitos aos preceitos constitucionais”, como bem observa Maria Luisa Balaguer Callejon, ou seja, admite-se “abrir o sistema de fontes à criação judicial do Direito de tal modo que os enunciados legais não serão apenas o que da literalidade de seus textos se possa deduzir, mas também o que os Tribunais tenham interpretado que são como consequência de sua congruente inserção dentro do ordenamento constitucional.” Declarar o Direito é declará-lo tendo como justa medida a Constituição. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1193).

“invasão” da competência típica dos demais poderes, buscando corrigir a atuação ilegal ou omissiva que inviabiliza o gozo dos direitos fundamentais.⁵¹

A atuação do Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, corrigindo as ilegalidades⁵² ou omissões dos demais poderes figura como mecanismo freio e contra pesos que visa a manter o equilíbrio entre os poderes por meio intercomunicação,⁵³ cujo objetivo é dar concretude à Constituição.⁵⁴

3 O JUIZ E O ATIVISMO JUDICIAL: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O juiz moderno passou a ocupar lugar de destaque, deixando a posição de servidor técnico especializado em aplicar o direito,

⁵¹ A ampliação do espaço “tradicional” do juiz constitucional (entre Judiciário e Tribunal Constitucional), na tutela da Constituição e sua supremacia (quer dizer, para além de um mero legislador negativo, na expressão cunhada por Kelsen), foi viabilizada, dentre outras ocorrências, pela abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais consagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar do espaço político certas opções. (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b, p.66)

⁵² Adoto o conceito amplo em que se compreende a inconstitucionalidade por ação ou omissão e as ilegalidades praticadas pelas ações do Poder Executivo.

⁵³ Com esses institutos oriundos precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora se nos depara perante a realidade constitucional contemporânea é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75).

⁵⁴ Luís Roberto Barroso pontua: “Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais” (BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.15.

passando a assumir seu papel como agente político, cuja função é fazer valer a Constituição e as leis, inclusive contra os demais poderes.⁵⁵

O fortalecimento da posição do Poder Judiciário, no último século, é realidade mundial, como verificado na Inglaterra, na França e no Brasil, neste, em especial, após a redemocratização, implementada, efetivamente, com a Constituição de 1988.⁵⁶

Ao juiz moderno é atribuída a função de promover os direitos, em especial, os Direitos Fundamentais, tendo em vista sua função de guardião da Constituição e implementador dos valores e fins estabelecidos pelo povo.⁵⁷

A inserção dos Direitos Fundamentais nas Constituições assegurou que os valores definidos democraticamente fossem efetivamente concretizados, porquanto estas matérias saem da discricionariedade do Poder Legislativo, tendo em vista o caráter impositivo da Constituição, sob pena de reconhecimento de omissão inconstitucional.⁵⁸

O ativismo judicial é uma concepção de atuação do magistrado que, visando ao cumprimento de sua função, de garante da Constituição, atua de forma ativa buscando conferir maior eficácia aos postulados Constitucionais. Neste sentido, disserta Luís Alberto Barroso:⁵⁹

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o

⁵⁵ *Ibid.*, p.3

⁵⁶ *Ibid.*, p.3

⁵⁷ Como ressalta André Ramos Tavares: “Nas omissões materiais imputadas ao Estado-Administração e até o Estado-Legislator, o juiz constitucional (seja o juiz ordinário, seja uma instância própria, como um Tribunal Constitucional) é chamado para fins de implementação dos direitos fundamentais sociais proclamados em certas constituições contemporâneas.” (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b, p.66)

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.45

⁵⁹ BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.6.

seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O conceito de ativismo apresentado pelo professor Luiz Alberto Barroso está em harmonia com as ideias apresentadas pelo ilustre professor Ronald Dworkin,⁶⁰ em sua obra *Levando os direitos a sério*, ao dissertar que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...] Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

O ativismo está ligado à participação do Judiciário na concretização dos valores e regras estabelecida na Constituição de forma a impor, aos demais poderes, a vontade soberana, expressada na Carta Constitucional.

3.1 O juiz como promotor dos direitos fundamentais

A mera declaração dos direitos fundamentais em uma carta de direitos não é capaz de assegurar sua eficácia, em especial em relação aos direitos sociais, os quais demandam prestações positivas do Estado.

Para viabilizar a implementação efetiva dos direitos fundamentais é necessário assegurar mecanismo para suprir a “crise de eficácia”. Deixar a concretização dos direitos fundamentais ao exercício discricionário do Poder Legislativo e Executivo, sem mecanismo

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

de efetivação da cláusula de eficácia imediata, é desnaturar o Estado Social de Direito em Estado Liberal.⁶¹

No sistema pátrio, os juízes de todas as instâncias exercem jurisdição constitucional, porquanto lhe é atribuída a função (poder-dever) de guardião da Constituição, assim é assegurando o poder de atuar ativamente visando à correção dos atos inconstitucionais (ações e omissões) dos poderes constituídos de modo a fazer prevalecer os postulados fundamentais inseridos na Constituição.⁶²

Considerando a omissão em editar normas regulamentadoras de direitos sociais e a crise de legitimidade do Poder Legislativo, tem havido, hodiernamente, o incremento da atuação do Judiciário buscando suprir omissões de forma a fazer prevalecer os preceitos constitucionais,⁶³ pois “a efetividade das normas constitucionais, diz respeito, portanto, à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido.”⁶⁴

O papel do juiz constitucional deve ser ativo, transcendendo a mera aplicação formal da letra da lei para a solução dos litígios, pois tem o compromisso de garantir a supremacia da Constituição. Assim, nos tempos hodiernos, “impõe-se verdadeira adaptação dos juízes, que não podem pretender encontrar, na frieza da letra escrita da lei, a solução para as disputas humanas, muitas das quais sequer previstas ou previsíveis pelo legislador, pois “a prioridade deve ser dada à pessoa humana sem privilégios e discriminações” (Dallari, 1998:13).⁶⁵

⁶¹ TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

⁶² TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012b, p. 72.

⁶³ BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 de nov. 2013, p. 9.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 195.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 29

Obstar a atuação ativista do juiz, na promoção dos direitos fundamentais, em razão da inviabilidade material e econômica “significa desconhecer a capacidade transformadora mínima que o Direito possui e que suas instâncias orgânicas devem implementar.”⁶⁶ Portanto, compete aos poderes omissos, cuja atuação é corrigida pelo Poder Judiciário, promover a transformação da realidade material visando à concretização dos direitos fundamentais vilipendiados.

3.2 A experiência ativista do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, após a abertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988, tem buscando dar concretude aos direitos fundamentais dispostos na carta política, documento constitucional consagrador de inúmeros direitos sociais e instituidor do Estado Democrático e Social de Direitos.⁶⁷

O discurso do Ministro Celso de Mello, por ocasião da posse do Ministro Carlos Ayres Britto⁶⁸ como presidente, traduz, com precisão, o papel desempenhado pelo Supremo:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte, em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Exemplo da atuação ativista ocorreu em recente decisão, Rcl n. 4374, quanto o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º da

⁶⁶ *Ibid.*, p. 48

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 343.

⁶⁸ <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/discursocm.pdf>>.

Lei 8.742/1993, reconhecendo o estado de omissão inconstitucional na concretização do benefício assistencial e a inconstitucionalidade do critério definido na *Lei da Assistência*, ressaltando que a inconstitucionalidade é resultante das notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Nesta decisão, o Supremo estendeu o conceito normativo do art. 20, §3º da Lei 8.742/1993, assegurou maior amplitude para a concessão do benefício assistencial, direito social atribuído aos excluídos socialmente.

Nessa decisão, o Supremo implementou direitos fundamentais, extraindo a sustentação das decisões em princípios constitucionais, assim, segundo o conceito de Dworkin, o Supremo Tribunal Federal fundamentou a decisão em argumentos de princípio,⁶⁹ atuando de forma legítima dentro de suas atribuições, sem macular a separação dos poderes.

É importante destacar que no julgamento do Mandado de Injunção n. 712, de Relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, referente à ineficácia do direito de greve dos servidores do poder público, em razão da falta de norma regulamentadora, o Supremo Tribunal Federal, em decisão progressista, necessária para a consolidação do princípio da supremacia constitucional, reconheceu a mora do Poder Legislativo e adotou a posição concretista, regulamentando o direito de greve dos servidores, de forma a assegurar a aplicabilidade imediata do direito fundamental de greve aos servidores públicos.⁷⁰

Com relação à atuação ativista em face do Poder Executivo, é necessário destacar as decisões determinando a dispensa de

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 1151/1152.

medicamentos, matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em pedidos de suspensão de segurança. Na decisão da STA 175/CE, o Supremo Tribunal Federal confirmou decisão que determinou o fornecimento de medicamento a uma jovem, portadora de rara doença, para a qual o remédio solicitado era o único capaz de deter o avanço da doença ou assegurar aumento da chance de vida, com qualidade, à paciente.⁷¹

3.3 A legitimação democrática da atuação do ativista do juiz

As críticas da atuação ativa do juiz perpassam pela falta de legitimidade democrática⁷² uma vez que, no cenário pátrio, os juízes não são eleitos pelo povo, são recrutados com fundamento em aptidões técnicas.

Sem razão a crítica imposta ao ativismo judicial, uma vez que a atuação do juiz buscando concretizar os princípios constitucionais, fundamentando sua decisão em argumentos de princípio, é, na realidade, uma forma especial de aplicação da Constituição. Portanto, o juiz ao exercer uma ação ativista não está aplicando uma vontade política própria, mas sim, a vontade do povo, disposta na Constituição.⁷³

⁷¹ EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde. SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076 Divulg 29.04.2010 Public 30-04-2010 Ement. Vol-02399-01 PP-00070).

⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

⁷³ Luís Roberto Barroso ao dissertar sobre a legitimidade democrática do juiz estabelece que “ao aplicarem a Constituição e as Leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.” E arremata o autor aduzindo que “o Judiciário é o guardião da Constituição

A tensão entre a democracia e o ativismo judicial não passou sem análise pelo eminente professor Ronald Dworkin⁷⁴ que, após refutar as objeções à originalidade judicial (ativismo), ressalta que as decisões em caso difíceis devem ser fundamentadas em argumentos de princípio, estabelecendo que “se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade.”⁷⁵

A ação ativista do Poder Judiciário, concretizando os direitos fundamentais declarados na carta constitucional, é poder-dever do juiz constitucional, quando se depara com omissão ou atuação inconstitucional por parte dos demais Poderes Instituídos (Legislativo e Executivo).⁷⁶

A atuação do juiz será legítima quando presente a omissão do Poder Legislativo em regulamentar direito fundamental constitucionalmente assegurado ou a regulamentação formulada é inconstitucional de forma que esvazia a eficácia mínima do direito reconhecido na Constituição.

De igual forma, no que tange ao ativismo em face do Poder Público, Estado-Executivo é poder-dever do juiz constitucional intervir quando o Estado for omissor na concretização de direito fundamental, assegurado constitucionalmente, ou quando a política

e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.” (BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2013, passim).

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 132.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 232

⁷⁶ Embora se possa admitir, pois áreas de não intervenção do juiz constitucional, especialmente por opções realizadas pela própria Constituição em análise (o que passa pela compreensão da cláusula da “separação dos poderes”, de um desacordo moral razoável em torno de um mesmo direito fundamental e do contexto histórico), essa conclusão jamais será sustentável, em termos teóricos, se estiver em debate: i) o controle tradicional da violação, pelo Estado, de direitos fundamentais; ii) a concretização implementadora de direitos fundamentais impostos pela Constituição como limites da atuação estatal. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 48/49.

pública para implementação for contrária ao disposto na carta constitucional ou na lei regulamentadora.

As críticas à atuação ativista do juiz constitucional são inúmeras,⁷⁷ no entanto, não procedem, porquanto a supremacia da Constituição Federal, baldrame de sustentação do sistema constitucional moderno, não pode ser vilipendiada pela falta de atuação dos poderes constituídos, tocando, ao Poder Judiciário, corrigir a atuação dos demais poderes, de modo a realinhar a atuação deste com o estabelecido na carta Constitucional.

Por fim, é importante ressaltar que o ativismo deve ser empregado de forma pontual e eventual, pois como disposto por Luís Roberto Barroso⁷⁸ “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investidos de credibilidade.”

CONCLUSÃO

A Constituição, carta política democraticamente estabelecida pelo povo, é alçada, especialmente, no modelo de constitucionalismo francês e americano, como Lei Suprema, pautando a atuação dos poderes.

Na Europa, o juiz, mesmo no período pós-constitucionalista, era visto com grande desconfiança pela sociedade, tendo em vista sua origem vinculada ao antigo regime (poder absolutista monárquico). Ao juiz, foi outorgada a função de “mero aplicador da lei”, inexistindo atribuição para exercer jurisdição constitucional, que somente veio a ser reconhecida recentemente.

⁷⁷ BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2013, p.10.

⁷⁸ BARROSO, Luís Alberto. BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em: 6 de nov. 2013, p. 10.

Diversamente do verificado na Europa, a função de garante da Constituição foi atribuída aos juízes nos Estados Unidos. Em 1803, a Suprema Corte americana, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, reconheceu sua competência para realizar o controle de constitucionalidade, consolidando, portanto, o Poder Judiciário como órgão de defesa e implementador da supremacia da Constitucional. A atuação da Suprema Corte Americana é marco decisivo para a concretização do constitucionalismo moderno, tendo em vista sua atuação como guardião da Constituição.

A introdução dos Direitos Fundamentais nas Constituições modernas tem como escopo afastar a discricionariedade dos Poderes instituídos e obrigá-los à efetiva concretização. Ações ou omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, que tergiversem os Direitos Fundamentais, são inconstitucionais e, portanto, devem sofrer a devida correção.

O Poder Judiciário, guardião da Constituição, no exercício da jurisdição constitucional, detém o poder-dever de suprir e/ou corrigir a atuação inconstitucional dos Poderes instituídos por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis, que esvaziam as normas constitucionais; declaração de inconstitucionalidade por omissão ou outros mecanismos necessários para a consolidação da supremacia constitucional.

A promoção dos direitos fundamentais, por meio da atuação do magistrado constitucional, não figura como opção; é dever estabelecido constitucionalmente, considerando a aplicabilidade imediata estabelecida no §1º do art. 5º da Constituição Federal. Porquanto o juiz constitucional, guardião da Constituição, tem o poder e o dever de concretizar os Direitos Fundamentais de modo que sua atuação na implementação é dever institucional.

É importante ressaltar, rechaçando as críticas à posição ativista, que inexistente violação ao princípio da separação de poderes, quando o magistrado atua o poder-dever de implementação dos Direitos fundamentais, pois as manifestações judiciais que assim procedem têm, como fundamento, as regras e os princípios

estabelecidos democraticamente na Constituição. A ação proativa do Poder Judiciário, visando à superação da ineficácia dos Poderes instituídos, representa efetivo mecanismo de freios e contra pesos, de modo que a atuação do magistrado é necessária para corrigir “desastrosa atuação» ou omissão dos demais Poderes.

O juiz, ao atuar de forma ativa, está materializando os valores e fins estabelecidos pelos legítimos detentores do poder que fixaram na Constituição os baldrames da atuação dos Poderes instituídos. Destarte, o escopo do ativismo é concretizar a Constituição, materializando sua hegemonia, de forma a corrigir eventuais desvios de rota que possam levar a caminhos diversos dos traçados pelo legítimo detentor do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012

_____. *Curso de direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000

_____. “A quinta geração dos direitos fundamentais”. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf> Acesso em: 4 nov. 2013.

BARROSO, Luís Alberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 6 nov. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 11 reimp., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO de, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito*, 3ª ed., São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e métodos*. 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*/Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª ed., São Paulo: Ed RT, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012b.